

Prof. Dr. Thomas Koller / Norbert Sennhauser
Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 147 · 2011 · Heft 4

Stämpfli Verlag AG Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009

Veröffentlicht in Band 135

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER/

lic. iur. NORBERT SENNHAUSER, Fürsprecher, Bern^{1, 2}

Übersicht

- | | | |
|-------|---|-----------------|
| I. | Teilanfechtung – Irrtum über die effektive Fläche von gemieteten Geschäftsräumen | BGE 135 III 537 |
| II. | Erfordernis einer klaren und detaillierten Regelung von Nebenkosten im Mietvertrag auch bei behördlich kontrollierten Mietzinsen | BGE 135 III 591 |
| III. | Keine Mangelhaftigkeit bei Verminderung des Mietkomforts durch vorhersehbare äussere Entwicklungen | BGE 135 III 345 |
| IV. | Keine Konversion einer wegen fehlenden tatsächlichen Eigenbedarfs unwirksamen vorzeitigen Kündigung in eine wirksame ordentliche Kündigung | BGE 135 III 441 |
| V. | Keine Verwirkung des Rechts auf erneute Vormerkung eines fortbestehenden Mietverhältnisses nach amtlicher Löschung der vorangehenden Vormerkung | BGE 135 III 248 |
| VI. | Formular- und nicht personenbezogene amtliche Genehmigung bei Formularen für Mietzinserhöhungen | BGE 135 III 220 |
| VII. | Kündigung im Hinblick auf umfassende Umbau- bzw. Renovationsarbeiten | BGE 135 III 112 |
| VIII. | Kalendermässig genau bestimmte gerichtliche Erstreckung des Mietverhältnisses | BGE 135 III 121 |
| IX. | Bindungswirkung eines Entscheides der Schlichtungsbehörde bei lediglich einseitigem Weiterzug an das ordentliche Gericht? | BGE 135 III 253 |

¹ Das Manuskript wurde am 6. Dezember 2010 abgeschlossen.

² In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen (ZK = Zürcher Kommentar; BSK = Basler Kommentar) und bezogen auf die neusten Auflagen zitiert. Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: DAVID LACHAT *et al.*, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009 (zit.: LACHAT/AUTORIN); Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT (SVIT-KOMMENTAR), 3. Aufl., Zürich 2008; RICHARD PERMANN, Kommentar zum Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 2007; FRANÇOIS BOHNET/MARINO MONTINI (éditeurs), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (zit.: CPRA BAIL-AUTORIN).

I. Teilanfechtung – Irrtum über die effektive Fläche von gemieteten Geschäftsräumen

BGE 135 III 537 (4A_99/2009) = Pra 2010 Nr. 40 S. 293 ff. = mp 2009, 215 ff. = SJ 2009 I 477 ff.

Die Parteien hatten einen Mietvertrag über Geschäftsräumlichkeiten für die Zeit vom 1. Dezember 2000 bis 1. Oktober 2002 abgeschlossen, welcher sich nach Ablauf der Befristung mangels Kündigung jeweils um fünf Jahre verlängern sollte. Die Fläche der Räumlichkeiten wurde im Mietvertrag mit *ungefähr 246 m²* angegeben. Der anfängliche Mietzins betrug monatlich Fr. 4041.– zuzüglich Fr. 150.– Nebenkosten und unterlag einer Indexklausel. Der Mieter führte in den Geschäftsräumlichkeiten einen Solariumbetrieb. Per 31. Oktober 2005 beabsichtigte er zu kündigen, worauf ihn die Vermieterin in Kenntnis setzte, dass das Mietverhältnis erst per 30. September 2007 aufgelöst werden könne. In einer anschliessend durch den Mieter veranlassten Rentabilitätsprüfung des Solariumbetriebes stellte sich heraus, dass die gemietete Fläche lediglich 204,2 m² betrug. Der Mieter erklärte deswegen gegenüber der Vermieterin den Mietvertrag *wegen Grundlagenirrtums als teilweise ungültig*. Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren gelangte der Mieter an das Mietgericht, welches sein Begehren um Herabsetzung des Mietzinses im Verhältnis zur tatsächlichen Fläche und Rückerstattung des zu viel bezahlten Betrages schützte. Die von der Vermieterin angerufene Rekurskammer des Kantonsgerichts Waadt verneinte demgegenüber einen Grundlagenirrtum und hob das vorinstanzliche Urteil auf. Hiergegen legte der Mieter Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ein. Dieses hob den angefochtenen Entscheid auf und bestätigte materiell das erstinstanzliche Urteil (Kurzbesprechungen des Urteils bei PASCAL PICHONNAZ, SJZ 2010, 189 ff., 191; BRUNO HEDIGER, SJZ 2010, 320 ff., 321; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., 48).

Im konkreten Fall wich die Beschaffenheit der Mietsache hinsichtlich der Fläche um 41,8 m² und damit beinahe 17% von der im Mietvertrag angegebenen Grösse ab. Gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen *war diese Abweichung aus eigener Wahrnehmung für den Mieter nicht erkennbar* (vgl. BGE 135 III 537 E. 2.2 S. 542 f.). Anders als in anderen Fällen

konnte dem Mieter daher nicht entgegengehalten werden, er habe sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht darum bemüht, eine Frage zu klären, die sich bezüglich dieser Tatsache ganz offensichtlich gestellt hätte (vgl. dazu etwa das vom Bundesgericht angesprochene Bundesgerichtsurteil 4A_408/2007 vom 7. Februar 2008 E. 3.3, kommentiert durch HANS-JAKOB STUDER in MRA 2008, 85 ff.). Im Weiteren stand in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Mietzinshöhe für die Geschäftsräumlichkeiten auf einem ungefähren Quadratmeterpreis von ursprünglich rund Fr. 197.– basierte. Zwar war der Quadratmeterpreis nicht im Mietvertrag angegeben und bildete soweit ersichtlich auch nicht explizit Verhandlungsgegenstand der Mietparteien; offenbar war er aber massgebende Berechnungsgrundlage bei den unmittelbar vorangegangenen Mietverhältnissen gewesen und sollte übernommen werden (vgl. BGE 135 III 537 Sachverhalt B.a S. 539, insbesondere folgende Feststellung: «Lorsque B. a cédé l'exploitation de son solarium à X. au mois d'avril 2000, le contrat de bail conclu avec le nouvel exploitant a maintenu le loyer mensuel à 4041 fr. sur la base du même raisonnement.»)

Das Bundesgericht hielt fest, dass die zu mietende Fläche *objektiv* sowohl bei Wohnungen als auch bei Geschäftsräumen offensichtlich *ein wesentliches Beurteilungselement* ist. In *subjektiver* Hinsicht war die genaue Fläche für den Mieter vorliegend wesentlich, weil eine aus der Abweichung resultierende Mietzinsdifferenz von jährlich rund Fr. 8200.– für einen Inhaber eines kleinen Geschäftsbetriebes keinesfalls unbedeutend sein konnte (vgl. zum Ganzen BGE 135 III 537 E. 2.2 S. 542 ff., insbesondere S. 544). Anders als die Vorinstanz konnte damit das Bundesgericht einen Grundlagenirrtum des Mieters bejahen.

Zur Frage der *Alternativität zwischen dem Willensmangelrecht und der mietrechtlichen Mängelgewährleistung nach Art. 258 ff. OR* äusserte sich das Bundesgericht nicht. Genauso wie der Käufer (dazu grundlegend BGE 114 II 131; «Picasso-Fall») kann sich auch der Mieter im Falle eines Sachmangels nach gefestigter Rechtsprechung alternativ auf das Willensmangelrecht berufen. Dieser Weg bleibt ihm nur verschlossen, wenn er zuerst vertragliche Mängelrechte geltend macht, weil dies als *Genehmigung* des allenfalls willensmangelbehafteten Vertrages interpretiert wird (so in casu andeutungsweise BGE 135 III 537 E. 2.1 S. 541; grundlegend dazu – im Kaufrecht – BGE 127 III 83; siehe auch SVIT-KOMMENTAR, Vorbemerkungen

Art. 258–259i N 74, mit Verweis auf das Bundesgerichtsurteil 5P.360/2001 vom 14. Dezember 2001, wo die analoge Heranziehung der kaufrechtlichen Rechtsprechung allerdings lediglich unter dem Willküraspekt geprüft worden ist). Im vorliegenden Fall stellte sich die Frage der Genehmigung indessen nicht, weil der Mieter nach Feststellung der Flächenabweichung von Beginn weg eine *teilweise Anfechtung* wegen Grundlagenirrtums geltend gemacht und offenbar eine Mängelgewährleistung gestützt auf Art. 259a OR, insbesondere die *Mietzinsherabsetzung* nach Art. 259a Abs. 1 lit. b und Art. 259d OR, gar nicht ernsthaft in Erwägung gezogen hatte. Dies mag daran liegen, dass für die Irrtumsanfechtung bei falschen Flächenangaben in Bezug auf Mietobjekte bereits seit längerer Zeit höchstrichterliche Präjudizien vorliegen (vgl. allen voran BGE 113 II 25) und auf eine solche Anfechtungsmöglichkeit in der Literatur immer wieder ausdrücklich hingewiesen wird (vgl. neben den gängigen Büchern zum Mietrecht etwa JÜRGEN GASCHÉ, Die Mietfläche von Wohn- und Geschäftsräumen, mp 2001, 1 ff., Ziff. 3.1, welcher jedoch bei langer klagloser Nutzung der Mietsache eine Anfechtung aufgrund von Art. 25 Abs. 1 OR grundsätzlich als ausgeschlossen erachtet).

Relativ stiefmütterlich thematisierte das Bundesgericht die Möglichkeit einer *Teilanfechtung*. Dieser widmete es gerade mal zwei Sätze (vgl. BGE 135 III 537 E. 2.1 S. 541). Zwar konnte es sich dabei mit BGE 130 III 49 auf ein Präjudiz berufen (und teilweise auch auf die Lehre [vgl. etwa PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, Nr. 852]), welches aber nicht im Bereich des Mietrechts erging. Das Bundesgericht begnügte sich damit, die *Teilbarkeit des Vertragsinhaltes* kurz zu prüfen, und bejahte diese gestützt auf einen festgestellten Quadratmeterpreis in der Höhe von ungefähr Fr. 197.–, da die Vermieterin offenbar selber von diesem Mietzins ausgegangen sei. *Faktisch wird so der Mieter im Wesentlichen gleichgestellt, wie wenn er eine Mietzinsherabsetzung nach Art. 259d OR verlangt hätte.*

II. Erfordernis einer klaren und detaillierten Regelung von Nebenkosten im Mietvertrag auch bei behördlich kontrollierten Mietzinsen

BGE 135 III 591 (4A_134/2009) = Pra 2010 Nr. 53 S. 384 ff. = mp 2009, 135 ff. = CdB 2009, 115 ff. = SJ 2010 I 43 ff.

Die Parteien schlossen am 3. März 1997 einen Mietvertrag über eine Wohnung, dessen Mietzins vom Bund im Rahmen des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes vom 4. Oktober 1974 (WEG; SR 843) verbilligt war. Der Nettomietzins wurde auf Fr. 798.– pro Monat festgesetzt. Ergänzend waren im Vertrag folgende weitere Positionen aufgeführt: «Acompte frais accessoires» Fr. 130.–, «Acompte chauffage» Fr. 70.– sowie «Télé réseau – Telenet» Fr. 12.– pro Monat. Der Mietvertrag enthielt eine Klausel, mit welcher die Mieter bestätigten, unter anderem die Ausgabe 1993 der Allgemeinen Mietbedingungen sowie eine Kopie der Gesetzesartikel über die Nebenkosten (Art. 38 WEG und Art. 25 der Verordnung zum Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 30. November 1981 [VWEG; SR 843.1]) erhalten zu haben. Mit ihrer Unterschrift erklärten die Parteien diese Dokumente als integrierenden Bestandteil des Vertrages.

Am 19. Juni 2007 gelangten die Mieter an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen und forderten die seit Mietbeginn unter dem Titel «Acompte frais accessoires» bezahlten Nebenkosten zurück (während die Nebenkosten für die Heizung und für den Fernsehanschluss unbestritten blieben). Diese seien ungerechtfertigt bezahlt worden, *denn im Mietvertrag seien diese Nebenkosten zu wenig detailliert und lediglich mit einem Verweis auf gesetzliche Bestimmungen umschrieben*. Im anschliessenden Prozess obsiegten die Mieter mit ihrem Begehren vor beiden kantonalen Instanzen. Auch der Weiterzug des Falles durch die Vermieterin an das Bundesgericht blieb erfolglos (vgl. dazu ausführlich CPRA BAIL-BIERI, Art. 257a–257b N 170 ff., sowie die Kurzbesprechungen von BRUNO HEDIGER, SJZ 2010, 320 ff., 321 f., und THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., 47, Ziff. 4.3).

Gemäss Art. 257a Abs. 2 OR muss der Mieter die Nebenkosten nur bezahlen, *wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat*. Das Bundesgericht prüfte und bejahte die bisher noch nicht entschiedene Frage, ob diese Bestimmung auch bei staatlich geförderten Wohnungen mit behördlich kontrolliertem Mietzins anwendbar sei. Art. 253b

Abs. 3 OR stehe dem klarerweise nicht entgegen. Art. 2 Abs. 2 VMWG zähle Art. 257a Abs. 2 OR ausdrücklich zu den Normen, welche für Wohnungen gelten würden, deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert werde. *Art. 257a Abs. 2 OR bezwecke den Mieterschutz, und es sei nicht einzusehen, weshalb Mietparteien von subventionierten Wohnungen weniger schutzbedürftig seien* (vgl. zum Ganzen BGE 135 III 591 E. 4.2.2 und 4.2.3 S. 593 ff.). Dass Art. 38 WEG und Art. 25 VWEG bei subventionierten Wohnungen die Überwälzung von Nebenkosten auf die Mieter ermöglichen («Die Nebenkosten können dem Mieter gesondert nach Aufwand verrechnet werden» [Art. 38 Abs. 2 Satz 1 WEG]), mache eine klare vertragliche Regelung im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR darüber, was tatsächlich überwält werde, nicht überflüssig. Soweit der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 VWEG («Die Nebenkosten werden dem Mieter gesondert nach Aufwand berechnet») suggeriere, die Nebenkosten dürften nicht in den Mietzins eingeschlossen werden, wäre dies zudem nicht von der übergeordneten Norm von Art. 38 WEG gedeckt (vgl. BGE 135 III 591 E. 4.2.3. S. 594).

Im Weiteren kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Umschreibung «Acompte frais accessoires» im *Mietvertrag für sich nicht hinreichend detailliert* war. Damit konnten die Bestimmungen von Art. 38 WEG und Art. 25 VWEG, die zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt worden waren, die Aufzählung der vom Mieter gesondert zu tragenden Nebenkosten *nicht konkretisieren*. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. hierzu die neueren Urteile 4P.323/2006 vom 21. März 2007 sowie 4A_397/2007 vom 6. Dezember 2007, besprochen durch THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER in ZBJV 2009, 821 ff., 822 ff.) hätten die Mieter daher die im Streit stehenden Nebenkosten unbestrittenermassen nicht bezahlen müssen, wenn der Text von Art. 38 WEG und Art. 25 VWEG in *Allgemeinen Mietbedingungen* enthalten gewesen wäre. *Diese – zu Recht strenge – Rechtsprechung übertrug das Bundesgericht ausdrücklich auf den Fall, dass für die Nebenkosten nicht auf AGB, sondern auf gesetzliche Bestimmungen verwiesen wird* (BGE 135 III 591 E. 4.3.3 S. 596).

Der Auffassung des Bundesgerichts (die immerhin der früheren [?] Auffassung des Bundesamtes für Wohnungswesen zuwiderläuft [CPRA BAIL-BIERI, Art. 257a–257b N 173]), ist zuzustimmen. Die separat auf den Mieter überwälteten Nebenkosten müssen aus dem Mietvertrag selber hervorgehen, und zwar hinreichend bestimmt (so auch die Lehre, vgl. etwa LACHAT/BÉGUIN, Kap. 14/1.8, S. 240 f.; SVIT-

KOMMENTAR, Art. 257–257b N 18; BSK OR I-WEBER, Art. 257a N 5). *Der Mieter soll auf einen Blick anhand des Mietvertrages – ohne Studium weiterer Dokumente oder von Gesetzen, Verordnungen etc. – erkennen können, was ihn an Kosten zusätzlich zum Nettomietzins erwartet* (vgl. BGE 135 III 591 E. 4.3.1 S. 595). Unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebotes sind nicht nur Verweise auf Allgemeine Mietbedingungen, sondern auch Verweise auf Gesetzesbestimmungen ungenügend. Dass das Bundesgericht diesem Transparenzgebot in anderem Zusammenhang nicht hinreichend Beachtung schenkt, steht auf einem andern Blatt (BGE 132 III 42 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2007, 831 ff., spez. 832 ff., betreffend – fehlenden – Vertrauensschutz in Bezug auf die Höhe der Nebenkosten bei monatlichen Akontozahlungen).

Interessant ist im vorliegenden Fall noch ein weiterer Aspekt: Beweisstreitigkeiten darüber, ob zusätzlich detaillierte Nebenkostenabreden allenfalls mündlich oder konkludent erfolgt seien und damit die mangelnde Klarheit der Regelung im schriftlichen Mietvertrag behoben hätten, schliesst das Bundesgericht zu Recht weitgehend aus: Wenn der Mietvertrag schriftlich abgeschlossen worden sei, so sei davon auszugehen, dass die Parteien damit auch die Nebenkosten schriftlich festgelegt haben, welche auf den Mieter überwältzt werden sollen (vgl. BGE 135 III 591 E. 4.3.4 S. 596 f., mit Verweis auf das Bundesgerichtsurteil 4C.224/2006 vom 24. Oktober 2006 E. 2.1). Im Ergebnis läuft dies auf einen Anwendungsfall von Art. 16 Abs. 1 OR hinaus (so auch LACHAT/BÉGUIN, Kap. 14/1.7, S. 239).

Grundsätzlich ist es dem Vermieter in einem Fall wie dem vorliegenden unbenommen, für die Zukunft durch eine Vertragsänderung die umstrittenen Nebenkosten zusätzlich auf den Mieter abzuwälzen. Obwohl die vom Bund subventionierten Wohnungen einer behördlichen Mietzinsüberwachung unterliegen und daher an sich die Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse nicht anwendbar sind (Art. 253b Abs. 3 OR), ist der Vermieter hierbei – wie bei gewöhnlichen Wohnungen (SVIT-KOMMENTAR, Art. 257–257b N 23; BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 12) – auf den Weg der einseitigen Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR verwiesen (vgl. dazu auch Art. 2 Abs. 2 VMWG). Denn Art. 54 des Bundesgesetzes über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum vom 21. März 2003 (Wohnraumförderungsgesetz; WFG; SR 842) erklärt für die Überprüfung der Nebenkosten die Schlichtungsbehörden nach dem Obligationenrecht als zuständig (CPRA BAIL-MONTINI/WAHLEN, Art. 253b N 25 und CPRA

BAIL-BIERI Art. 257a–257b N 182; kritisch dazu BSK OR I-WEBER, Art. 253a/253b N 9 in fine), und gemäss Art. 59 Abs. 5 WFG gilt dies auch für die alten WEG-subventionierten Wohnungen (insoweit daher auf jeden Fall unhaltbar die Ausführungen in SVIT-KOMMENTAR, Art. 253b N 23 f.).

III. Keine Mangelhaftigkeit bei Verminderung des Mietkomforts durch vorhersehbare äussere Entwicklungen

BGE 135 III 345 (4A_43/2009) = Pra 2009 Nr. 135 S. 922 ff. = MRA 2009, 130 ff. = mp 2009, 222 ff. = DdB 2009, 83 ff. = SJ 2009 I 361 ff.

Die Mieter einer 5½-Zimmer-Wohnung mit einem monatlichen Mietzins von Fr. 2047.–, zuzüglich Nebenkosten von Fr. 180.–, forderten von der Vermieterin eine *Mietzinsherabsetzung gestützt auf Art. 259a Abs. 1 lit. b und Art. 259d OR*, und zwar aus folgendem Grund: Ein östlich des Mietshauses gelegenes Gebäude war abgerissen und durch einen Neubau ersetzt worden. Der um ein Stockwerk höhere Neubau schränkte die Sicht der Mieter zwar gegenüber früher in nur sehr geringem Masse zusätzlich ein. Er wies jedoch in wenigen Metern Abstand zu einem Fenster der Mietwohnung neu einen Balkon und ein Fenster auf, was zu einer gewissen Beeinträchtigung der Privatsphäre im entsprechenden Zimmer der Mietwohnung geführt hat. Nach erfolgloser Schlichtungsverhandlung reichten die Mieter Klage beim Mietgericht des Kantons Waadt ein. Dieses befand, dass die Zunahme der Sichtbeschränkung durch den Neubau zu minim sei, um eine Mietzinssenkung zu rechtfertigen. Hingegen verursache die Nähe der Fenster und Balkone des Neubaus eine geringe Beeinträchtigung des Gebrauchs der Mietsache, welche eine Mietzinssenkung von 2% rechtfertige. Die von der Vermieterin dagegen erhobene Beschwerde wurde von der Rekurskammer des Waadtländer Kantonsgerichts abgewiesen. Die Vermieterin obsiegte aber mit ihrer Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht. Dieses erblickte in den Veränderungen, die der Neubau auf dem Nachbargrundstück mit sich gebracht hatte, keinen Mangel an der Mietsache (vgl. Kurzbesprechungen in BRUNO HEDIGER, SJZ 2010, 320 ff., 321; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., 47 f., Ziff. 4.4).

Ein mietrechtlicher Mangel liegt vor, wenn die Sache eine vom Vermieter *versprochene Eigenschaft* nicht aufweist oder wenn sie eine *Eigenschaft* nicht besitzt, *mit welcher der Mieter im Hinblick auf den vereinbarten Gebrauchszweck vernünftigerweise rechnen konnte* (BGE 135 III 345 E. 3.2 S. 347; allgemein BSK OR I-WEBER, Art. 258 N 1, sowie ZK-HIGI, Art. 258 N 27 ff.). Im vorliegenden Fall konnten sich die Mieter auf keine vertragliche Zusicherung stützen, welche sie vor einer Veränderung der eingetretenen Art geschützt hätte. Daher war auf dem Auslegungsweg zu ermitteln, was die Mieter vernünftigerweise erwarten durften. Eine *bloße Verminderung des Komforts* kann dabei – so das Bundesgericht – noch *nicht als Mangel der Mietsache betrachtet werden* (BGE 135 III 345 E. 3.3. S. 348). *Vorhersehbare Entwicklungen* («des évolutions prévisibles») im Umfeld der Mietsache würden *ausser in extremen Fällen* («sauf cas extrêmes») den gewöhnlichen Gebrauch gemäss Vertragszweck nicht beeinträchtigen. Ohne spezielle Zusicherung habe der Vermieter nicht dafür einzustehen, dass sich die Umgebung nicht verändere. Im vorliegenden Fall kam gemäss Bundesgericht noch hinzu, dass es den Mietern ein Leichtes sei, ihre Privatsphäre durch Vorhänge oder Storen zu schützen (wobei allenfalls – wie das Bundesgericht unter Hinweis auf das Urteil 4C.387/2004 vom 17. März 2005 hinzufügte – das Fehlen von Storen als Mangel betrachtet werden kann).

Der Entscheid ist für sich genommen sachlich nicht zu beanstanden. Im Streit stand eine *relativ unbedeutende Veränderung in der Umgebung des Mietobjekts*, die nach Auffassung der kantonalen Instanzen bloss zu einer Mietzinsreduktion von 2% berechtigt hätte. Das hätte in casu nicht einmal gereicht, um die Streitwertgrenze von Fr. 15 000.– gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG zu erreichen. Die Beschwerde in Zivilsachen war im vorliegenden Fall nur zulässig, weil unter den Parteien auch noch eine Mietzinsherabsetzung wegen Senkung der Hypothekarzinsen strittig war (vgl. dazu die nicht amtlich veröffentlichten Teile des Urteils auf der Datenbank 2000 des Bundesgerichts).

Wichtig ist aber, dass die Erwägungen des Bundesgerichts nicht über den konkreten Fall hinaus «überinterpretiert» werden. In der Praxis werden sich Vermieter meist davor hüten, vertragliche Zusicherungen über das absolut Notwendige hinaus abzugeben, vor allem in Bezug auf mögliche Veränderungen, die ausserhalb ihres Einflussbereichs liegen. Somit ist man in der Praxis in aller Regel auf die

Auslegung des (nur begrenzt aussagekräftigen) Begriffes «Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch» angewiesen (vgl. zur Auslegung etwa eingehend ZK-HIGI, Art. 258 N 9 ff.). In der Bestimmung, ob überhaupt ein Mangel vorliegt und bejahendenfalls in welchem Ausmass, liegt für das Gericht und die Parteien die eigentliche Crux im Rahmen eines Mietzinsherabsetzungsverfahrens wegen angeblicher Mangelhaftigkeit der Mietsache (illustrativ zur Frage des Ausmasses etwa BGE 130 III 504; allgemein zur Problematik der Höhe der Herabsetzung SVIT-KOMMENTAR, Art. 259d N 14 ff., insbesondere N 14; vgl. insgesamt auch PETER REETZ/RAHEL HAEFELI, Ansprüche von Mietern und Vermietern bei Störungen durch benachbarte Mieter, MRA 2009, 153 ff., sowie ausführlich CPRA BAIL-AUBERT, Art. 259d N 23 ff.). Die vom Bundesgericht im vorliegenden Fall aufgeführten Beispiele, welche keine Mangelhaftigkeit begründen sollen, sind zwar durchaus hilfreich (BGE 135 III 345 E. 3.3 S. 348: die ursprünglich leer stehende Wohnung über dem Mietobjekt wird vermietet; Bäume vor den Fenstern wachsen und beeinträchtigen die Sicht; der Strassenverkehr in der Umgebung nimmt zu; in der Umgebung wird verdichtet gebaut). Denn solche Veränderungen sind, wie das Bundesgericht zutreffend ausführt, vorhersehbar; mit ihnen muss der Mieter daher vernünftigerweise rechnen. *Problematisch ist aber, dass nur in extremen Fällen Veränderungen in der Umgebung zur Mangelhaftigkeit des Mietobjekts führen sollen.* Das ist unseres Erachtens zu eng.

Eine Mietzinsherabsetzung nach Art. 259d OR setzt gemäss einschlägiger Lehre und Rechtsprechung kein Verschulden des Vermieters voraus (vgl. stellvertretend etwa SVIT-KOMMENTAR, Art. 259d N 9). Auch ein Mangel, beispielsweise verursacht durch Immissionen, den der Vermieter nicht beheben kann und der von diesem nicht verschuldet ist, berechtigt zu einer Mietzinsherabsetzung (vgl. LACHAT/ROY, Kap. 11/3.3, S. 172 f., BSK OR I-WEBER, Art. 259d N 1; SVIT-KOMMENTAR, Art. 259d N 10; alle mit Verweis auf das in dieser Hinsicht aussagekräftige Bundesgerichtsurteil 4C.377/2004 vom 2. Dezember 2004; CPRA BAIL-AUBERT, Art. 259d N 13 f.). Mit anderen Worten erfasst Art. 259d OR auch Störungen ausserhalb des Einflussbereiches des Vermieters. *Wirken sich diese Störungen auf das vertragliche Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung aus, bezweckt die Mietzinsherabsetzung auch hier den erforderlichen Wertausgleich.* Sieht man dies so eng, wie das Bundesgericht es im hier diskutierten

Entscheid antönt, wird das Risiko künftiger äusserer Entwicklungen praktisch ausschliesslich auf die Mieter verschoben. Dies wäre indessen nicht sachgerecht. Bei *Veränderungen von einem gewissen Gewicht*, die den Rahmen des vernünftig Vorhersehbaren verlassen, muss eine Mietzinsherabsetzung möglich sein (CPRA BAIL-AUBERT, Art. 259d N 33 in fine). *Richtigerweise ist daher bei äusseren Entwicklungen nicht erst in Extremfällen korrigierend über die Mietzinsherabsetzung einzugreifen, um das vertragliche Gleichgewicht wieder herzustellen.* Die vom Bundesgericht erwähnte Bagatellgrenze von 5% (die bei einer dauernden Beeinträchtigung auf 2% gesenkt werden kann [BGE 135 III 345 E. 3.2 S. 347; Urteil 4C.97/2003 vom 28. Oktober 2003]; CPRA BAIL-AUBERT, Art. 259d N 8 f.) bildet einen guten Anhaltspunkt: Äussere Entwicklungen führten dann zu einem Mangel, wenn sie den vorausgesetzten Gebrauch in einem 5% – ausnahmsweise 2% – übersteigenden Masse beeinträchtigen würden (zustimmend zur 5%-Grenze RAOUL FUTTERLIEB, MRA 2009, 133 ff., 134).

IV. Keine Konversion einer wegen fehlenden tatsächlichen Eigenbedarfs unwirksamen vorzeitigen Kündigung in eine wirksame ordentliche Kündigung

BGE 135 III 441 (4A_89/2009) = Pra 2010 Nr. 30 S. 215 ff. = mp 2009, 247 ff. = DdB 2009, 31 ff. = SJ 2009 I 489 ff.

Die Parteien hatten einen vom 1. Mai 1999 bis 30. April 2002 befristeten Mietvertrag über Lagerräumlichkeiten abgeschlossen. Nach Ablauf der Befristung verlängerte sich der Vertrag vereinbarungsgemäss jeweils mangels Kündigung um ein Jahr. Nach einem Eigentümerwechsel im Sommer 2006 kündigte der neue Vermieter das Mietverhältnis am 20. Juli 2006 auf den 31. Januar 2007. Er machte im Kündigungsschreiben *persönlichen und beruflichen Eigenbedarf* geltend, zeigte sich gleichzeitig aber bereit, allenfalls über eine lediglich teilweise Eigennutzung der Lagerräumlichkeiten zu diskutieren. Die Kündigung wurde vom Mieter angefochten. Beide kantonalen Gerichtsinstanzen kamen zum Schluss, dass kein dringender Eigenbedarf des neuen Vermieters gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR vorliege und dass eine Konversion der ungültigen vorzeitigen in eine ordentliche gültige Kündigung nicht zulässig sei. Die

hierauf vom Vermieter erhobene Beschwerde in Zivilsachen hat das Bundesgericht abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist (vgl. Kurzbesprechungen in BRUNO HEDIGER, SJZ 2010, 320 ff., 323 f.; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., 46, Ziff. 3.2.2).

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid festgehalten, *dass eine vorzeitige und somit ausserordentliche Kündigung, welche die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, nicht in eine gültige ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann, auch wenn für Letztere die Voraussetzungen erfüllt wären* (unter ausführlicher Berücksichtigung der verschiedenen existierenden Lehrmeinungen, vgl. dazu BGE 135 III 441 E. 3.2 S. 442 f.). Durch Kündigung wird ein *Gestaltungsrecht* ausgeübt. Diese Ausübung hat *eindeutig, unbedingt und unwiderruflich* zu erfolgen, sodass für den Vertragspartner Rechtssicherheit besteht. Gestaltungsrechte können nur durch den Berechtigten ausgeübt werden; das Gericht kann nicht einen Willen substituieren, der nicht ausgedrückt worden ist. *Ausgeübte Gestaltungsrechte können daher in der Regel nicht durch Konversion umgedeutet werden* (BGE 135 III 441 E. 3.1 S. 442; 123 III 124 E. 3d S. 128 f.). Nur wenn für den Vertragspartner klar ist, worauf sich eine Kündigung stützt, kann er diese mit den ihm zustehenden Verteidigungsmitteln anfechten. Wie der Vertragspartner eine Kündigung verstehen musste und durfte, ist nach dem *Vertrauensprinzip* zu ermitteln (vgl. zum Ganzen BGE 135 III 441 E. 3.3 S. 444 f.). Da im konkreten Fall der neue Vermieter privaten und beruflichen Eigenbedarf geltend gemacht und ausserterminlich auf den 31. Januar 2007 (statt auf den 30. April 2007) gekündigt hatte, durfte und musste der Mieter davon ausgehen, dass es sich um eine vorzeitige Kündigung im Sinne von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR handle. Eine analoge Anwendung von Art. 266a Abs. 2 OR auf einen Fall wie den vorliegenden lehnte das Bundesgericht ausdrücklich ab.

Damit hat das Bundesgericht eine wichtige, bisher aber umstrittene Rechtsfrage klären können. Dabei ist es – zu Recht – derjenigen Auffassung gefolgt, welche in der Lehre seit Langem mehrheitlich und in zunehmendem Masse vertreten wurde (vgl. neuerdings CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 266a N 45). Sehr schön illustrieren lässt sich dieser Trend in der Literatur anhand des SVIT-KOMMENTARS, der seit der 2. Auflage ebenfalls diesen Standpunkt vertritt (SVIT-KOMMENTAR, Art. 257f N 53).

Von Interesse dürften hinsichtlich des Umdeutungsausschlusses auch folgende Aussagen des Bundesgerichts sein: *Innerhalb der Kategorie von ausserordentlichen Kündigungen ist eine Umdeutung einer Kündigung nicht gänzlich ausgeschlossen.* Wer gestützt auf einen klar umschriebenen Sachverhalt gegenüber der anderen Partei eine ausserordentliche Kündigung ausspreche, dem schade nicht, wenn er – rechtsirrtümlich – als rechtliche Grundlage seiner Gestaltungserklärung eine unrichtige Gesetzesbestimmung anrufe (BGE 135 III E. 3.1 S. 442 in fine, mit Verweis auf BGE 123 III 124), sofern eine Ersatznorm zur Verfügung stehe, welche dessen Anspruch schütze und somit eine gültige ausserordentliche Kündigung begründe (vgl. für diese Ergänzung BGE 123 III 124 E. 3.d S. 129). Diese Auffassung des Bundesgerichtes ist jedoch dann problematisch, wenn für den Kündigungsempfänger die korrekte rechtliche Grundlage nicht erkennbar war und er deswegen zu seinem Nachteil ihm an sich zustehende Verteidigungsmittel nicht vorgebracht hat. Verlangt werden muss daher, dass nur dann eine Umdeutung einer ausserordentlichen Kündigung in eine andere ausserordentliche Kündigung zulässig ist, wenn der gekündigte Vertragspartner aufgrund der fehlerhaften Bezeichnung der gesetzlichen Grundlage keine Rechtsnachteile erleidet.

Höchststrichterlich noch nicht geklärt ist die Frage, ob Art. 266a Abs. 2 OR auch auf ausserordentliche Kündigungen angewandt werden kann, soweit solche *in zeitlicher Hinsicht* fehlerhaft sind. Die herrschende Lehre bejaht dies (vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 266a N 5; SVIT-KOMMENTAR, Art. 266a N 13; LACHAT/THANEI, Kap. 26/4.7, S. 532 f.; ZK-HIGI, Art. 266a N 48/49; CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 266a N 45). Die Bemerkung des Bundesgerichts im vorliegenden Fall, gestützt auf diese Regel sei eine Konversion einer Kündigung *nur bei einem Irrtum des Kündigenden in Bezug auf den Kündigungs-termin* möglich (BGE 135 III 441 E. 3.3 in fine S. 445), kann immerhin als Andeutung in diese Richtung interpretiert werden.

V. Keine Verwirkung des Rechts auf erneute Vormerkung eines fortbestehenden Mietverhältnisses nach amtlicher Löschung der vorangehenden Vormerkung

BGE 135 III 248 (4A_524/2008) = Pra 2009 Nr. 111 S. 750 ff. = MRA 2008, 213 ff. = mp 2009, 88 ff. = DdB 2009, 32 ff. = CdB 2009, 35 ff. = SJ 2009 I 353 ff.

Das Mietverhältnis über ein Restaurant in Lausanne war am 1. September 1981 fest auf 15 Jahre abgeschlossen worden und verlängerte sich jeweils um fünf Jahre, wenn nicht mindestens ein Jahr vor Ablauf des nächsten Endtermins eine Kündigung erfolgte. Vertraglich war dem Mieter das Recht eingeräumt worden, das Mietverhältnis grundbuchlich vormerken zu lassen, wovon der Mieter am 21. Februar 1983 für die erste feste Mietdauer bis zum 1. September 1996 Gebrauch machte. Mangels Gesuch um Verlängerung der Vormerkung löschte der Grundbuchverwalter am 30. Mai 1997 von Amtes wegen die Vormerkung nach Ablauf des ersten Endtermins. Gegen den neuen Vermieter, welcher die Liegenschaft am 15. Juni 1989 erworben hatte, wurde die Betreibung auf Grundpfandverwertung eingeleitet, und ab 1. November 2002 wurde die amtliche Verwaltung der Liegenschaft angeordnet. Der Mieter verlangte am 25. März 2003 zuerst im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, anschliessend am 16. Juni 2003 mittels Klage die Wiedervormerkung des Mietverhältnisses. Am 16. Juli 2003 kündigte die vom Betreibungsamt gestützt auf Art. 16 Abs. 3 der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (VZG; SR 281.42) eingesetzte Liegenschaftsverwalterin das Mietverhältnis per 31. August 2006 (d. h. auf das Ende der laufenden fünfjährigen Verlängerungsperiode). Das Mietgericht erklärte diese Kündigung für ungültig und ermächtigte den Mieter zur erneuten Vormerkung des Mietverhältnisses bis zum 1. September 2011. Das Kantonsgericht sowie das Bundesgericht bestätigten dieses Urteil (vgl. Kurzbesprechung in BRUNO HEDIGER, SJZ 2010, 320 ff., 320).

Die Ungültigkeit der Kündigung ergab sich aus Art. 271a Abs. 1 lit. d OR: Da die Kündigung während des hängigen Gerichtsverfahrens ausgesprochen wurde, in dem die Parteien um die Erneuerung der Vormerkung stritten, versties sie gegen Treu und Glauben (nicht publizierte E. 3 des hier besprochenen Urteils).

Zur Kernfrage, ob das Mietverhältnis erneut vorgemerkt werden könne, führte das Bundesgericht im publizierten Teil des Entscheids unter Bezug auf Art. 71 Abs. 2 der Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (GBV; SR 211.432.1) und BGE 81 I 75 sowie auf gewisse Lehrmeinungen im Wesentlichen Folgendes aus: Die Dauer einer Vormerkung eines Mietverhältnisses muss genau bestimmt sein. Bei einem Mietverhältnis, das sich nach einer bestimmten Dauer stillschweigend verlängert («une reconduction tacite» [BGE 81 I 75 E. 2 S. 77]), ist daher die Vormerkung vorerst nur bis zum Ablauf der ersten Mietphase zulässig. Bei Weiterführung des Mietverhältnisses kann eine erneute Vormerkung bis zum nächsten Endtermin verlangt werden. *Wird das Gesuch um Verlängerung der Vormerkung nicht vor dem Ablauf der vertraglich festgelegten anfänglichen Mietdauer gestellt, verwirkt das Recht zur Vormerkung nicht.* Erfolgt mit anderen Worten eine amtliche Löschung der Vormerkung gemäss Art. 72 Abs. 2 GBV infolge Ablauf der vermerkten Erstdauer und mangels eines Verlängerungsgesuches, steht dies einer späteren erneuten Vormerkung nicht entgegen (vgl. BGE 135 III 248 E. 4.3 S. 251 ff.).

Gegen diese Auffassung des Bundesgerichtes ist an sich nichts einzuwenden (zustimmend explizit auch MARTIN SOHM, MRA 2008, 213 ff., 219). Die Mietparteien sollen auf ihren vertraglichen Vereinbarungen behaftet werden. Daher ist es durchaus sachgerecht, dass der Mieter bei fortbestehendem Mietverhältnis jederzeit auch später berechtigt ist, von der vertraglichen Ermächtigung zur Vormerkung Gebrauch zu machen, unbeschaden eines allfälligen Unterbruchs der Vormerkung. Es steht dem Vermieter allerdings frei, einen Unterbruch der Vormerkung oder gar generell die erneute Eintragung einer Vormerkung nach Ablauf der ersten Mietdauer durch eine entsprechende Klausel im Mietvertrag zu unterbinden (vgl. SOHM, a. a. O., 219).

Die Anzahl möglicher Erneuerungen der Vormerkung ist von Gesetz wegen nicht beschränkt. Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt (BGE 135 III 248 E. 4.3 S. 252), regelt das Gesetz die maximal zulässige Dauer der Vormerkung bei Mietverträgen – anders als beim Vorkaufsrecht, Rückkaufsrecht und Kaufsrecht (Art. 216a OR) – nicht. Der Vermieter wird dadurch in Fällen wie dem vorliegenden nicht übermässig belastet, weil er den Mietvertrag stets auf Ende einer Verlängerungsperiode (in casu fünf Jahre) kündigen kann, womit auch keine neue Vormerkung mehr möglich ist.

Die Relevanz des hier besprochenen Urteils ist schwer abschätzbar. *Für den Mieter ist ein Unterbruch der Vormerkung seines Mietvertrages trotz dieses Entscheids riskant.* Denn ein solcher Unterbruch könnte allenfalls seine Rechtsstellung gegenüber Dritten verschlechtern.

Fraglich ist zunächst einmal, welches die Auswirkungen eines Unterbruchs gegenüber einem Käufer sind, der das Grundstück nach der Löschung der vorherigen Vormerkung erwirbt. Denkbar ist, dass der Mieter gegenüber dem Erwerber sein Recht auf Erneuerung der Vormerkung gestützt auf das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuches (Art. 973 ZGB) verliert. Sicher ist dies zwar nicht. So liesse sich der Standpunkt vertreten, der Erwerber, auf den die Mietverhältnisse ex lege übergehen, könne nicht gutgläubig sein (Art. 3 Abs. 2 ZGB; dazu SOHM, a. a. O., 219 f.). Noch überzeugender wäre es wohl anzunehmen, die (hypothetische) Verpflichtung des ursprünglichen Vermieters, die Erneuerung der Vormerkung nach einem Unterbruch zu dulden, gehe mit der Veräusserung der vermieteten Liegenschaft zusammen mit dem Mietvertrag auf den Erwerber über (Art. 261 Abs. 1 OR), ohne dass es auf dessen guten oder bösen Glauben ankomme. Sollte aber die Rechtsprechung dem öffentlichen Glauben des Grundbuches Vorrang einräumen, so wäre es für den Mieter von Nachteil, dass er die Vormerkung nicht rechtzeitig erneuert hat.

Beschränkte dingliche Rechte, insbesondere *Grundpfandrechte*, die in der «Unterbruchsphase» eingetragen werden, gehen aufgrund des Prinzips der Alterspriorität der erneuten Vormerkung vor (vgl. Art. 959 i. V. m. Art. 972 ZGB). Hat ein solcher Grundpfandgläubiger der erneuten Vormerkung nicht zugestimmt, so kann er bei der Grundstückverwertung den *Doppelaufwurf* nach Art. 142 SchKG verlangen (BSK OR I-WEBER, Art. 261b N 3; SVIT-KOMMENTAR, Art. 261b N 10; vgl. zur ähnlichen Sachlage bei nicht vorgemerkten langfristigen Mietverträgen BGE 125 III 123 E. 1d S. 128 sowie 128 III 82). Erfolgt der Zuschlag im zweiten Aufruf, so kann der Ersteigerer die Löschung der Vormerkung verlangen (Art. 142 Abs. 3 SchKG; Art. 56 lit. b VZG). *Der Mieter hat daher auch aus diesem Grund trotz BGE 135 III 248 ein eminentes Interesse, die Erneuerung der Vormerkung seines Mietvertrages ohne Unterbruch vorzunehmen.*

Ein wichtiger Punkt ist unklar: *In welcher Rangfolge steht die erneute Vormerkung im Verhältnis zu beschränkten dinglichen Rech-*

ten (insbesondere zu Grundpfandrechten), die während der Dauer der ersten Vormerkung im Grundbuch eingetragen worden sind? Denkbar sind verschiedene Antworten. Die erneute Eintragung der Vormerkung könnte – auch wenn sie nicht nahtlos an die vorangehende erfolgt – als *blosse Verlängerung der ersten Vormerkung* betrachtet werden, weil sie auf der Verlängerung bzw. Fortsetzung des ursprünglichen Mietverhältnisses beruht. Damit würde die Vormerkung ihre ursprüngliche Alterspriorität behalten. Diesfalls würde ein Vormerkungsunterbruch den Mieter insoweit nicht benachteiligen. Im Gegenzug liesse sich aber auch die Auffassung vertreten, bei einem Vormerkungsunterbruch würden die bisher nachrangigen dinglichen Rechte gleichsam «nachrücken», was zur Folge hätte, dass die erneute Vormerkung gegenüber diesen Rechten nachrangig würde. Begründen liesse sich diese Auffassung mit dem Argument, es handle sich nicht um eine verlängerte, sondern um eine *neue Vormerkung*, deren Rang nach dem Zeitpunkt der Eintragung bestimmt werde. Dies müsste im Grunde aber auch Auswirkungen auf nahtlos erneuerte Vormerkungen haben: Konsequenterweise müssten dann auch solche Vormerkungen den während der vorherigen Vormerkungsdauer errichteten dinglichen Rechten im Rang nachgehen.

Rechtsprechung und Literatur haben sich soweit ersichtlich mit dieser (zentralen) Frage noch nicht einlässlich befasst. In einer Meinungsäusserung vom 15. September 1967 hat das Eidgenössische Grundbuchamt diesbezüglich bloss sibyllinisch ausgeführt: «Dazu kommt die Rangverschlechterung bei erneuter Vormerkung (Art. 959 ZGB): eine erste Vormerkung geht z.B. einem später begründeten Grundpfandrecht im Rang vor, während sie ihm bei einer Erneuerung vielleicht nachgeht» (ZBGR 1968 S. 265 f., 266). Ähnlich offen («Anders zu entscheiden hiesse namentlich Rangverschlechterungen bei erneuter Vormerkung des Mietvertrages in Kauf zu nehmen ...») äussern sich ZUCKER/EICHENBERGER (ARMIN ZUCKER/CHRISTIAN EICHENBERGER, Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch, AJP 2010, 834 ff., 841) sowie HÜRLIMANN-KAUP («... fällt für den Mieter das Risiko der Rangverschlechterung weg, das besteht, wenn im Moment der Ausübung der Option [auf Vertragsverlängerung] eine Neueintragung der Vormerkung verlangt werden muss» [BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, 324 Rz. 794]).

Wenn der Mieter mit der erneuten Vormerkung seine Vorrangstellung verlieren sollte, wäre allerdings fraglich, welches Interesse das Betreibungsamt, die Liegenschaftsverwaltung und der Vermieter im vorliegenden Fall gehabt hätten, sich gegen die Erneuerung zu wehren. Der Doppelaufwurf nach Art. 142 SchKG würde sie hinreichend schützen. Deren Abwehrinteresse wäre dagegen ohne Weiteres ersichtlich, wenn die erneute Vormerkung als Verlängerung der ersten betrachtet würde. Art. 142 SchKG käme dann gegenüber Grundpfandrechten nicht zur Anwendung, die erst nach der ersten Vormerkung eingetragen worden sind. Das Mietverhältnis würde diesfalls mitsamt der Vormerkung auf den Ersteigerer überbunden, was den Verwertungserlös unter Umständen deutlich reduzieren könnte.

In der Literatur wird zum Teil geltend gemacht, es müsse zulässig sein, die erste Vormerkung (bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung) auf eine längere Dauer einzutragen als bloss für die erste feste Vertragsdauer, sodass bei einer Vertragsverlängerung keine erneute Vormerkung erforderlich sei (Eidgenössisches Grundbuchamt, a. a. O., 266; ZUCKER/EICHENBERGER, a. a. O., 841; HÜRLIMANN-KAUP, a. a. O., 320 ff. Rz. 787 ff.). In gewissen Kantonen scheinen die Grundbuchverwalter dies offenbar zuzulassen (ZUCKER/EICHENBERGER, a. a. O., 840). *Damit könnte natürlich – in durchaus sachgerechter Weise – jegliches Risiko der Rangverschlechterung ausgeschaltet werden.* Indessen steht diese Auffassung im Widerspruch zu BGE 81 I 75 E. 2 S. 77 («Il résulte de ces dispositions qu'un contrat de bail à ferme ou à loyer prévoyant une reconduction tacite n'est susceptible d'être annoté que pour le laps de temps qui s'écoulera jusqu'au premier terme fixe convenu et que l'annotation devra, pour pouvoir subsister au-delà de ce terme, faire l'objet d'une nouvelle réquisition»; ablehnend auch FRANÇOIS BOHNET, DdB 2009, 33 Ziff. 4, der allerdings meint, das Bundesgericht habe diese Frage noch nicht entschieden).

Auf die Fortsetzung der Geschichte darf man gespannt sein ...

VI. Formular- und nicht personenbezogene amtliche Genehmigung bei Formularen für Mietzinserhöhungen

BGE 135 III 220 (4A_497/2008) = MRA 2009, 143 ff. = mp 2009, 257 ff. = SJZ 2009, 275 ff.

Die Vertreterin der Vermieterin teilte den Mietern im Anschluss an eine Sanierung des Mietobjekts eine Mietzinserhöhung mit. Dabei verwendete sie ein von ihr kreiertes Formular, das zwar früher vom Kanton genehmigt worden war, von ihr später aber abgeändert wurde, ohne dass sie eine erneute Genehmigung einholte. Das tatsächlich verwendete Formular unterschied sich vom früheren in verschiedener Hinsicht: Die Vertreterin der Vermieterin hatte die neue Adresse der Mietschlichtungsstelle eingefügt und nach einer Firmenänderung die neue Firma auf das Formular gesetzt. Zudem soll gemäss Behauptungen der Mieter die grafische Gestaltung des Formulars geändert und der Zusatz «Formular genehmigt durch die zuständige Amtsstelle» beigelegt worden sein. Zwei Mietparteien machten unter anderem Nichtigkeit der Mietzinserhöhung geltend, weil diese nicht auf einem amtlich genehmigten Formular mitgeteilt worden sei. Nachdem sie vor den beiden kantonalen Vorinstanzen unterlegen waren, gelangten sie – wiederum erfolglos – mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (vgl. Kurzbesprechungen dieses Urteils in BRUNO HEDIGER, SJZ 2009, 315 ff., 320 f., sowie THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/09, 42 ff., 50).

Nach Art. 269d Abs. 1 OR muss der Vermieter eine Mietzinserhöhung auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen. Art. 19 VMWG präzisiert den erforderlichen Inhalt solcher Formulare. Das Bundesgericht bestätigte mit Verweis auf BGE 121 III 214, es genüge nicht, wenn ein Formular inhaltlich den Anforderungen von Art. 19 VMWG entspreche; *aus Gründen der Klarheit und einheitlichen Handhabung sowie der Rechtssicherheit sei es notwendig, dass das Formular von der zuständigen kantonalen Instanz genehmigt worden sei* (BGE 135 III 220 E. 1.2 S. 222). Das hat jedoch gemäss Bundesgericht nicht zur Folge, dass ein geändertes Formular in jedem Fall als nicht genehmigt anzusehen ist. *Ob eine Abänderung dazu führt, dass das geänderte Formular als nicht (mehr) genehmigt gilt, muss unter Berücksichtigung der vorgenommenen Modifikationen und des mit dem Formularzwang verfolgten Zwecks*

entschieden werden (BGE 135 III 220 E. 1.5.4 S. 223 f.). So muss z. B. keine neue Genehmigung eingeholt werden, wenn die Adresse der Mietschlichtungsstelle aktualisiert wird; denn die korrekte Adressangabe ist vom Gesetz gewollt (a. a. O.).

Im konkreten Fall ging das Bundesgericht aber noch einen Schritt weiter. Aus den Akten ergab sich, dass das verwendete Formular praktisch identisch mit zwei vom Kanton genehmigten Formularen anderer Liegenschaftsverwaltungen war; der einzige Unterschied bestand darin, dass auf dem verwendeten Formular die Geschäftsfirma und das Logo der Vermieterin bzw. deren Vertreterin aufgeführt war. Dies erachtete das Bundesgericht im Wesentlichen mit der Begründung als unschädlich, *die Genehmigung von privat kreierten Formularen erfolge nicht personenbezogen; vielmehr gelte die amtliche Genehmigung für das Formular selbst*. Unterscheide sich das verwendete Formular von einem genehmigten nur in der Firma und dem Kennzeichen des unterzeichnenden Unternehmens, betreffe die Abweichung *den individuell auszufüllenden und nicht den allgemeingültigen und damit der Formalisierung überhaupt zugänglichen Teil des Formulars* (BGE 135 III 220 E. 1.5.3 S. 224). Gleichzeitig machte das Bundesgericht aber auch deutlich, dass dies keine Aufweichung der Formstrenge an sich zur Folge hat: *Abgesehen vom individuellen Teil dürfen weder inhaltlich noch in der Darstellung weitere Änderungen vorgenommen werden* (vgl. BGE 135 III 220 E. 1.5.3 S. 224). Im vorliegenden Fall dürfte die Vermieterin somit Glück gehabt haben, dass sie sich auf die beiden in den Akten liegenden amtlich genehmigten Formulare anderer Liegenschaftsverwaltungen hatte berufen können. Andernfalls hätte das Bundesgericht die – offenbar auch grafischen (vgl. BGE 135 III 220 E. 1.5 S. 223) – Abweichungen zu dem früher gegenüber der Vermieterin amtlich genehmigten Formular möglicherweise nicht gutheissen können, sofern diese von den Beschwerde führenden Mietern hinreichend gerügt worden wären.

Mit diesem Entscheid setzt das Bundesgericht einem «allzu pedantischen Formalismus» Schranken (GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 50; zustimmend auch BEAT ROHRER, MRA 2009, 143 ff., 149 f.). Die Rechte der Mieter und Mieterinnen werden nicht eingeschränkt, wenn die amtliche Genehmigung formular- und nicht personenbezogen erfolgt. Auf diese Weise können die Interessenverbände, beispielsweise der Hauseigentümerverband, ihren Mitgliedern genehmigte Formulare zu Verfügung stellen, welche unter Umständen besser bearbeitet

werden können als die direkt vom Kanton bzw. den Gemeinden bereitgestellten Formulare. Allerdings ist den Vermietern dabei zur Vorsicht zu raten. Weiter gehende Anpassungen des Formulars, als sie im vorliegenden Fall zur Diskussion standen (Aktualisierung der Adresse der Mietschlichtungsstelle; Einfügen bzw. Ändern des Firmennamens und -logos), bleiben riskant (zur Zurückhaltung mahnend auch CPRA BAIL-MARCHAND, Art. 269d N 19 in fine). Denn geht eine Änderung so weit, dass das Formular nicht mehr als genehmigt gelten kann, sind auf ihm mitgeteilte Mietzinserhöhungen *nichtig* (Art. 269d Abs. 2 lit a OR).

VII. Kündigung im Hinblick auf umfassende Umbau- bzw. Renovationsarbeiten

BGE 135 III 112 (4A_399/2008) = MRA 2008, 163 ff. = mp 2009, 43 ff. = CdB 2010, 49 ff.

Die Vermieter kündigten den Mietern die 5½-Zimmer-Wohnung mit Garage sowie den zusätzlich gemieteten Einstellhallenplatz und Abstellraum per 31. August 2007. Die Kündigung begründeten sie mit einer *geplanten umfassenden Gesamtsanierung* (vollständige Auswechslung der Küchen, Bäder und sämtlicher Leitungsinstallationen, Veränderung der Wohnungsgrundrisse und Erneuerung der Wand- und Bodenbeläge). Die Mieter fochten die Kündigung erfolglos bei der Schlichtungsbehörde an. Das Mietgericht des Bezirks Horgen hielt ebenfalls an der Gültigkeit der Kündigung fest, gewährte jedoch eine Mieterstreckung einmalig um fünf Monate bis 31. Januar 2008. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die von den Mietern erhobene Berufung ab. Vor Bundesgericht unterlagen die Mieter erneut.

Das Bundesgericht setzte sich ausführlich mit der Frage der Anfechtbarkeit einer Kündigung im Hinblick auf Umbau- und Renovationsarbeiten auseinander, weil diese wichtige Frage bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden worden sei. Das Ergebnis ist wegen seiner praktischen Relevanz sowohl für Vermieter als auch für Mieter von grosser Bedeutung: *Eine Kündigung im Hinblick auf Umbau- oder Renovationsarbeiten ist bloss dann treuwidrig und damit anfechtbar, wenn die Durchführung dieser Arbeiten durch das Verbleiben des Mieters im Mietobjekt nicht oder nur unerheblich er-*

schwert oder verzögert würde. Der Vermieter darf selber Art und Umfang der Sanierung bestimmen. Er kann die Mietverhältnisse auflösen, um Arbeiten rasch und günstig zu erledigen, anstatt eine längerdauernde Renovationsphase mit Mietzinsreduktionen zugunsten der Mieter in Kauf zu nehmen (BGE 135 III 112 E. 4.2 S. 119 ff.; vgl. auch die Zusammenfassungen in BRUNO HEDIGER, SJZ 2009, 315 ff., 318, sowie THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/09, 42 ff., 48, Ziff. 2.1.d, und *dieselben*, plädoyer 3/10, 39 ff., 44, Ziff. 2.1).

Der Entscheid stellt klar, dass Art. 260 OR nur die Durchführung von bestimmten Arbeiten während der Dauer eines bestehenden Mietverhältnisses regelt (vgl. zu Art. 260 OR etwa das Bundesgerichtsurteil 4C.382/2002 vom 4. März 2002, kommentiert durch THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 484 ff., sowie HANS BÄTTIG, MRA 2003, 75 ff., 82 ff.), nicht jedoch die Frage der Zulässigkeit einer Kündigung im Hinblick auf bevorstehende Umbau- bzw. Renovationsarbeiten. Ob eine solche Kündigung missbräuchlich und damit anfechtbar ist, beurteilt sich allein nach der Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR (BGE 135 III 112 E. 3.3.5 S. 118 f.). Der Vermieter ist daher nicht verpflichtet, eine geplante Renovation oder einen geplanten Umbau nach Möglichkeit so vorzunehmen, dass den Mietern der Verbleib zumutbar ist und Kündigungen verhindert werden können (so aber mit aller Deutlichkeit LACHAT/WYTTEBACH, Kap. 12/3.3, S. 206 f., die eine Kündigung nur in Extremfällen als zulässig erachten). Vielmehr darf der Vermieter aus ökonomischen und bautechnischen Gründen eine Räumung der betroffenen Liegenschaft bzw. Wohnung für die Renovation oder den Umbau vorziehen. Zudem ist es ausschliesslich Sache des Vermieters, über die Art und den Umfang der Sanierung zu entscheiden. Die Interessen des Vermieters an einer kostengünstigen und effizienten Durchführung der Arbeiten werden vom Bundesgericht explizit als mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 271 Abs. 1 OR vereinbar erklärt und sind somit schützenswert. Die Interessen des Mieters überwiegen erst dann – wodurch entsprechende Kündigungen anfechtbar würden –, wenn die Durchführung der Renovations- oder Umbauarbeiten durch dessen Verbleib nur unerheblich erschwert oder verzögert würden (vgl. zur so resultierenden Interessenabwägung RAOUL FUTTERLIEB, MRA 2008, 163 ff., 170). Beispielhaft zählt hierfür das Bundesgericht das Streichen von Wänden, blosse Aussenrenovationen sowie Balkonanbauten auf (vgl. BGE 135 III 112 E. 4.2 S. 119 ff.).

Das Bundesgericht kam zu diesem Schluss, nachdem es sich ausführlich mit den zu dieser Problematik bestehenden Lehrmeinungen sowie bezüglich Art. 260 OR darüber hinaus mit der Entstehung dieser Norm anhand des alten Rechtes und der Materialien auseinandergesetzt hatte. Nicht berücksichtigt hat das Bundesgericht hingegen frühere eigene, nicht amtlich publizierte Entscheide, so insbesondere das Urteil vom 15. Februar 1996 (mp 1996, 108 ff.) sowie dasjenige vom 14. März 1996 (mp 1996, 104 ff.), welche von der Problematik her ähnlich gelagerte Fälle betrafen und in der Lehre teilweise aufgenommen worden sind (vgl. etwa LACHAT/WYTTEBACH, Kap. 12/3.3, S. 206 Fn. 34, oder BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 6). Dort finden sich immerhin Aussagen wie «Im übrigen ist das Interesse der Mieter, auf welches sich die Beklagte [d.h. die Vermieterin] beruft, weder ernsthaft noch objektiv. Zum einen ist es nicht Sache des Vermieters, seinen Mietern gegen ihren Willen «zu ihrem Glück zu verhelfen», indem er ihnen kündigt, auch wenn sie trotz Bauarbeiten bleiben wollen. Zum anderen scheinen die Schwierigkeiten für die Mieter wegen der Bauarbeiten nicht unüberwindbar» (mp 1996, 112 [dort übersetzt aus dem französischen Originaltext]) oder «Im vorliegenden Fall ist der angefochtene Entscheid umso begründeter, als die Vermieterin die vorgesehenen baulichen Verbesserungen ohne weiteres auch ohne Kündigung hätte vornehmen können, wenn diese für den Mieter zumutbar gewesen wären (Art. 260 OR), ...» (mp 1996, 107 ff. [dort übersetzt aus dem italienischen Originaltext]). Das hier besprochene Urteil steht in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu diesen früheren, wesentlich mieterfreundlicheren Entscheiden (und ebenso auch zu gewissen Urteilen unterer Instanzen [vgl. beispielhaft etwa Entscheid der Schlichtungsbehörde Olten-Gösgen vom 29. Januar 1992, publiziert in mp 1992, 68 ff., sowie aus der neueren Zeit Entscheid der Schlichtungsbehörde Neuenburg vom 7. März 2007, publiziert in MRA 2008, 18 ff., mit Kommentar von RAOUL FUTTERLIEB]).

Die skizzierte neue Praxis zur *Renovationskündigung* (congé-rénovation préventif) kann nicht losgelöst von der Rechtsprechung zu Art. 260 OR gesehen werden. Das Bundesgericht ist mit Vermietern relativ streng, welche bei laufenden Mietverhältnissen Erneuerungen und Umbauten vornehmen wollen (Urteil 4C.382/2002 vom 4. März 2002 [MRA 2003, 75 ff.; mp 2003, 185 ff.]). Renovationsarbeiten ohne vorherige Leerkündigungen werden dadurch massiv erschwert. Diese nicht unproblematische höchstrichterliche Rechtsprechung

schaft für Vermieter einen hohen Anreiz für solche Kündigungen (dazu bereits TH. KOLLER, a. a. O., 487 f.), die nun im Regelfall nicht missbräuchlich sind. Ob damit den Mietern insgesamt gedient ist, sei dahingestellt.

Die neue Praxis ist allerdings nur auf den ersten Blick klar. In Wirklichkeit werden die Gerichte auch künftig bei einer Renovationskündigung um eine Gesamtwürdigung aller Umstände nicht herumkommen. Fraglich ist insbesondere, was gilt, wenn der Mieter bereit ist, im Rahmen von Art. 260 OR umfassende Renovationsarbeiten zu dulden und zudem Hand für eine Lösung bietet, welche die Erneuerungsarbeiten nicht behindert (indem er z. B. anbietet, die Wohnung während der Umbauphase nicht zu benutzen). Das Bundesgericht hat dazu in einer neueren Entscheidung (Urteil 4A_414/2009 vom 9. Dezember 2009) Folgendes festgehalten: «Si de tels retards ou complications ne sont pas à craindre, la réalisation des travaux ne justifie en principe pas le congé. Certes, le locataire disposant d'une autre possibilité de logement est ainsi avantagé par rapport à celui qui n'a pas cette faculté. En soi, le droit de signifier le congé à un locataire qui entraverait les travaux n'implique toutefois pas que le bailleur doive également pouvoir résilier le bail le liant au preneur qui ne gêne pas les travaux.» Heisst das nun, dass vor einer Kündigung geschützt ist, wer die Möglichkeit hat, den Sanierungsarbeiten auszuweichen (so GABATHULER/SPIRIG, plädoyer 3/10, 44 Ziff. 2.1.1)? Und muss der renovierungswillige Vermieter vor einer Kündigung zuerst abklären, ob der Mieter bereit ist, die Wohnung für die Dauer der Arbeiten nicht zu bewohnen (so die Frage bei GABATHULER/SPIRIG, a. a. O.; tendenziell dagegen CPRA BAIL-CONOD, Art. 271 N 10 S. 1023)? Im besagten Fall war Letzteres nur deshalb nicht zu entscheiden, weil das Bundesgericht die Kündigung aus einem andern Grund als nicht treuwidrig werten konnte.

Nicht beurteilen musste das Bundesgericht in BGE 135 III 112 die Frage, inwieweit eine *Erstreckung des Mietverhältnisses* nach erfolgter gültiger Kündigung wegen Renovation bzw. Umbau möglich ist. Die vom Mietgericht des Bezirkes Horgen gewährte Mietererstreckung um einmalig fünf Monate wurde von den Vermietern nicht angefochten (vgl. BGE 135 III 112, Instanzenzug gemäss Sachverhalt). Selbstverständlich sind auch diesfalls die in Art. 272 und 272a OR statuierten Kriterien anwendbar. Was dies konkret bei beabsichtigten Renovations- bzw. Umbauvorhaben bedeutet, ist aber noch

offen. Insbesondere dürfte umstritten sein, welches Gewicht bei einer Interessenabwägung den wirtschaftlichen Interessen des Vermieters an einer raschen und kostengünstigen Durchführung der Arbeiten zugemessen wird. Während der Schweizerische Mieter- und Mieterinnenverband diesen praktisch jegliches Gewicht abspricht (LACHAT/SPIRIG, Kap. 30/7.17, S. 652), erachtet der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft SVIT diese klar als «nicht von untergeordneter Bedeutung» (SVIT-KOMMENTAR, Art. 272 N 59; weniger weitgehend ZK-HIGI, Art. 272 N 177, aber mit Verweis auf BGE 118 II 50; tendenziell a.A. BSK OR I-WEBER, Art. 272 N 5 und 9, sowie PERMANN, Art. 272 N 18). Einigkeit besteht hingegen zumindest darin, dass im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist, ob für Umbau- oder Sanierungsvorhaben allfällige erforderliche Bewilligungen bereits vorliegen oder ob allenfalls bei aufgeschobenen Arbeiten nachweislich die Gefahr wachsenden Schadens besteht (LACHAT/SPIRIG, a.a.O.; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O.; ZK-HIGI, Art. 272 N 143).

Die Frage, wie ausgereift und dringlich ein Renovations-, Umbau- oder Sanierungsprojekt ist, kann allerdings nicht nur im Rahmen einer allfälligen Mieterstreckung, sondern bereits bei der *Anfechtbarkeit einer Kündigung* eine zentrale Rolle spielen. So hat nämlich das Bundesgericht die Aufhebung einer Kündigung geschützt, weil das Gesamtrenovationsprojekt einer Liegenschaft nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht genügend konkret war und insbesondere keine greifbare Realität darstellte («... il ne présente pas de réalité tangible»). Die Vorinstanz hatte allem voran das Fehlen von Submissionsunterlagen und eines Baubewilligungsgesuches bemängelt (vgl. Bundesgerichtsurteil 4A_425/2009 vom 11. November 2009, E. 3.2.2; Übersetzung in MRA 2009, 182 ff.; Urteilszusammenfassungen in CdB 2010, 49 ff., 56, sowie bei GABATHULER/SPIRIG, plädoyer 3/10, 44, Ziff. 2.1; Hinweis auch bei CPRA BAIL-CONOD, Art. 271 N 10 S. 1023). Aus diesem Urteil ableiten zu wollen, das Bundesgericht verlange generell bereits für eine gültige Kündigung im Hinblick auf Renovations- bzw. Umbauvorhaben das Vorliegen einer Baueingabe (oder gar eine rechtskräftige Baubewilligung) sowie die Submission der Bauarbeiten, dürfte jedoch im Lichte von BGE 135 III 112 zu weit gehen (in diesem Sinne dezidiert RAOUL FUTTERLIEB, MRA 2009, 182 ff., 184 ff.). Die behördliche Verweigerung einer Baubewilligung – jedenfalls einer oberinstanzlichen – ist aber grundsätzlich zu berücksichtigen

(vgl. hierzu Bundesgerichtsurteil 4P.274/2004 vom 24. März 2005, mp 2005, 172 ff.), ebenso auch der Umstand, dass es objektiv unmöglich ist, die erforderlichen Bewilligungen zu erlangen (SVIT-KOMMENTAR, Art. 271 N 32).

BGE 135 III 112 dürfte die Durchführung von Renovations-, Umbau- oder Sanierungsprojekten seitens der Vermieter fördern, was sich insgesamt in einem qualitativ besseren Wohnungsangebot niederschlagen sollte. Fraglich bleibt allerdings, wer letztlich den Preis hierfür bezahlt. In der Literatur wurden Befürchtungen geäußert, mittels Leerkündigungen und Sanierungen könnten Renditen in früher nicht möglicher Form optimiert werden (GABATHULER/SPIRIG, plädoyer 3/09, 48, Ziff. 2.1.e, sowie *dieselben*, plädoyer 3/10, 44, Ziff. 2.1). Bei reinen *Ertragsoptimierungskündigungen* muss der Vermieter bei einer Anfechtung nachweisen, dass der neu geforderte Mietzins nach der absoluten Berechnungsmethode nicht missbräuchlich ist; andernfalls wird die angefochtene Kündigung aufgehoben. Das Bundesgericht anerkennt zwar die Ertragsoptimierung als grundsätzlich zulässiges Kündigungsmotiv, stellt aber für die Vermieter mit der faktischen Beweislastumkehr eine hohe Hürde auf (vgl. dazu ausführlich THOMAS KOLLER/MONIKA BÜHLER, ZBJV 1995, 412 ff., mit Bezug auf BGE 120 II 105; daneben THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., 417 ff., sowie THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2010, 57 ff., 64 ff.). *Dieses Korrektiv fällt jedoch weg, wenn eine beabsichtigte Ertragsoptimierung mit einer Renovation bzw. einem Umbau oder einer Sanierung kombiniert wird, welche ihrerseits bereits zu einer Kündigung berechtigt*. Hier muss sich der Vermieter bei einer Anfechtung der Kündigung lediglich gegen den Einwand verwehren, die Arbeiten würden durch den Verbleib des Mieters gar nicht oder nur unerheblich erschwert bzw. verzögert, nicht jedoch dagegen, die beabsichtigte Ertragsoptimierung sei missbräuchlich. Letztere wird bei entsprechend geschickter Begründung der Kündigung gar nicht thematisiert werden können, insbesondere weil bereits ein gültiges Kündigungsmotiv genügt (vgl. Bundesgerichtsurteil 4C.365/2006 vom 16. Januar 2007, unter Berufung auf einen früheren Entscheid; dazu RAOUL FUTTERLIEB, MRA 2006, 171 ff.). Dass später die neuen Mieter «korrigierend» eingreifen könnten, ist – zumindest in der Deutschschweiz – sehr unwahrscheinlich: In der Praxis wird der Anfangsmietzins kaum je als missbräuchlich angefochten (vgl. LACHAT/DÖRFLINGER, Kap. 17/2.1.3, S. 284 f.). Hinzu kommt,

dass im Rahmen des Anfechtungsverfahrens dem Vermieter faktisch nicht die Beweislast für die Nichtmissbräuchlichkeit des neuen Mietzinses obliegt; vielmehr ist er lediglich gehalten, an der Beweisführung mitzuwirken, namentlich die sich in seinem Besitz befindenden Unterlagen vorzulegen (vgl. LACHAT/DÖRFLINGER, Kap. 17/2.3.4, S. 291; SVIT-KOMMENTAR, Art. 270 N 47). Immerhin hat das Bundesgericht festgestellt, dass eine Anfechtung des Anfangsmietzinses im Sinne von Art. 270 Abs. 1 Bst. b OR auch nach durchgeführten Renovationsarbeiten grundsätzlich möglich ist, dass es sich also bei der renovierten Liegenschaft um dieselbe Sache handle (vorbehalten bleiben aber grundlegende Eingriffe wie Flächen- und Raumeinteilungsänderungen) und somit ein Vergleich mit den Vormieten nicht ausgeschlossen ist (vgl. Bundesgerichtsurteil 4C.169/2002 vom 16. Oktober 2002, kommentiert durch ANDREAS MAAG in MRA 2003, 1 ff.).

VIII. Kalendermässig genau bestimmte gerichtliche Erstreckung des Mietverhältnisses

BGE 135 III 121 (4A_318/2008) = Pra 2009 Nr. 88 S. 601 ff. = MRA 2009, 111 ff. = mp 2009, 51 ff. = DdB 2009, 51 ff. = CdB 2009, 1 f. = SJ 2009 I 245 ff.

Die von einem Autospengler gemieteten Werkstattträumlichkeiten befanden sich auf dem Bahnhofsgelände Eaux-Vives. Der Kanton Genf als Grundeigentümer des betreffenden Grundstücks und Vermieter der Werkstattträumlichkeiten plante eine Erweiterung der Eisenbahnverbindung von Genf Cornavin nach Annemasse. Da die Realisierung dieses Projektes den Abbruch der Gebäude auf dem Bahnhofsgelände erforderte, kündigte der Kanton Genf am 24. Februar 2004 das Mietverhältnis mit Wirkung per 31. Dezember 2004. Der Mieter focht diese Kündigung an und verlangte gleichzeitig eventualiter eine Erstreckung des Mietverhältnisses. Das nach der Schlichtungsbehörde angerufene Gericht entschied am 17. Oktober 2007, die Kündigung sei gültig, das Mietverhältnis sei einmalig bis zur Rechtskraft der Plangenehmigung für das Eisenbahninfrastrukturprojekt, jedoch längstens bis zum 31. Dezember 2010, zu erstrecken. Auf Berufung des Mieters gewährte die obere kantonale Instanz mit Urteil vom 16. Juni 2008 eine fixe Erstreckung bis zum 31. Dezember 2010

(d. h. einmalig für die maximal mögliche Dauer von sechs Jahren gemäss Art. 272b Abs. 1 OR). Hiergegen wehrte sich der Kanton Genf mittels Beschwerde in Zivilsachen mit dem Begehren, dem Mieter sei lediglich eine einmalige Mieterstreckung bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Rechtskraft der Plangenehmigung für das Eisenbahninfrastrukturprojekt zu bewilligen.

Am 6. Mai 2008 wurde das Projekt durch das Bundesamt für Verkehr genehmigt. Als das Bundesgericht am 11. November 2008 das hier zu besprechende Urteil fällte, waren gegen diese Genehmigung beim Bundesverwaltungsgericht verschiedene Rekurse hängig. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde des Kantons Genf teilweise gut und gewährte dem Mieter bloss eine erstmalige Mieterstreckung bis 30. Juni 2009 (d. h. vorerst für viereinhalb Jahre). Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, eine richterliche Mieterstreckung müsse zeitlich genau festgelegt werden; die Dauer einer solchen Erstreckung könne nicht unbestimmt sein und von einem ungewissen Ereignis abhängen. Der von der Vorinstanz gewährten einmaligen Erstreckung für die vom Gesetz vorgesehene Maximaldauer von sechs Jahren hielt es entgegen, diese berücksichtige die Interessen des Kantons Genf an einer verzögerungsfreien Durchführung des Eisenbahninfrastrukturprojektes nicht.

Dieser Bundesgerichtsentscheid enthält eine wichtige Kernaussage: Gerichtliche Mieterstreckungen müssen in zeitlicher Hinsicht kalendermässig genau bestimmt sein, d. h., das Ende der Erstreckungsdauer muss mit einem bestimmten Datum festgelegt werden. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass andernfalls eine unannehmbare Unsicherheit geschaffen würde. Wenn das Ende der Erstreckungsdauer von einem zukünftigen ungewissen Ereignis (wie etwa der Rechtskraft einer Baubewilligung) abhängen, könne dies den Mieter zum Versuch veranlassen, den Eintritt der im Urteil festgelegten Bedingung hinauszuschieben. Zudem könne die Feststellung, ob die Bedingung eingetreten sei, neue Ursache für einen Streit bilden. Diese Ansicht werde einhellig auch in der Literatur vertreten; gegenteilige Meinungen würden nicht existieren (vgl. BGE 135 III 121 E. 4. S. 125). In der Lehre ist dieser Entscheid auf Zustimmung gestossen (THOMAS WETZEL, MRA 2009, 111 ff., 114 f., in Übereinstimmung mit SVIT-KOMMENTAR, Art. 272b N 12; LACHAT/SPIRIG, Kap. 30/8.4, S. 653; CPRA BAILCONOD, Art. 272b N 5 ff.).

Das Urteil steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zur höchstrichterlichen Rechtsprechung zu resolutiv bedingten Mietverträgen. Die Vereinbarung eines resolutiv bedingten Mietvertrages ist zulässig. Die Parteien können daher z. B. im Vertrag bestimmen, dass das Mietverhältnis endet, wenn das Gebäude abgebrochen oder die Liegenschaft verkauft wird. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt ein solcher Vertrag als auf bestimmte Zeit abgeschlossen (Art. 255 Abs. 2 und Art. 266 OR) und bedarf daher keiner Kündigung. Dementsprechend hat der Mieter keine Möglichkeit der Kündigungsanfechtung nach Art. 271/271a OR (BGE 121 III 260). Das Bundesgericht hält es hier offenbar nicht für problematisch, dass das Mietverhältnis mit einer erheblichen Unsicherheit bezüglich des Endtermins behaftet ist und darüber hinaus mit der Mitteilung des Bedingungeintrittes an den Mieter abrupt endet. Immerhin gewährt das Bundesgericht dem Mieter das Recht, eine Mieterstreckung zu verlangen (sofern eine solche nicht gestützt auf Art. 272 Abs. 2 lit. a und vor allem gestützt auf Art. 272a Abs. 1 lit. d OR ausgeschlossen ist). Das Erstreckungsgesuch ist binnen 30 Tagen ab dem Zeitpunkt einzureichen, ab welchem der Mieter Kenntnis vom Bedingungeintritt und damit von der Beendigung des Mietverhältnisses hat (BGE 121 III 260 E. 5a S. 264; später bestätigt mit Urteil 4C.234/1997 vom 7. Oktober 1997, erwähnt bei BSK OR I-WEBER, Art. 255 N 4a; zustimmend SVIT-KOMMENTAR, Art. 255 N 14; kritisch demgegenüber BSK OR I-WEBER, Art. 255 N 3 ff.; ZK-HIGI, Art. 255 N 36 und 43 ff.; LACHAT/THANEL, Kap. 24/3.3, S. 499).

Zwischen dem hier besprochenen Entscheid und BGE 121 III 260 besteht ein gewisser Widerspruch: Das Bundesgericht schützt die Vertragsparteien im Erstreckungsverfahren besser als den Mieter beim resolutiv bedingten Mietverhältnis. Dieser Widerspruch lässt sich nicht leicht erklären. Ein möglicher (aber nicht unbedingt überzeugender) Erklärungsansatz könnte darin gesehen werden, dass im zweiten Falle eine auf Privatautonomie basierende Parteivereinbarung vorliegt, im ersten Falle dagegen eine richterliche Anordnung. Konsequenterweise müsste es dann auch zulässig sein, dass die Parteien im Erstreckungsverfahren eine resolutiv bedingte Erstreckung vereinbaren (Art. 272b Abs. 2 OR; in diesem Sinne, wenn auch zur Vorsicht mahnend, WETZEL, a. a. O., 115).

Der Erstverfasser findet das hier besprochene Urteil richtig. Der Zweitverfasser vertritt dagegen eine andere Meinung. Es kann durch-

aus wünschbar und sinnvoll sein, dass der Endtermin eines Dauerschuldverhältnisses von einem bestimmten künftigen Ereignis abhängig gemacht wird. So kann gegebenenfalls die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses besser und genauer auf die Realität abgestimmt werden. Daher soll hier als Anregung eine Lösung vorgeschlagen werden, wie mit resolutiven Bedingungen bei Mietverhältnissen umzugehen ist: Die mit solchen Bedingungen verbundene Unsicherheit kann vermieden werden, wenn die auflösende Bedingung eindeutig umschrieben wird und der Eintritt der Bedingung der anderen Partei schriftlich mitzuteilen ist. Das Mietverhältnis endet sowohl beim resolutiv bedingten Mietvertrag als auch beim erstreckten Mietverhältnis nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist, laufend ab Zugang der Mitteilung über den Bedingungeintritt. Ab dem Zeitpunkt dieser Mitteilung läuft auch die Frist nach Art. 273 Abs. 2 lit. a OR für das Einreichen eines Erstreckungsgesuches, falls es sich um einen resolutiv bedingten Mietvertrag handelt. Wird demgegenüber eine solche Resolutivbedingung erst im Rahmen einer Erstreckung nach gültig erfolgter Kündigung angeordnet, so ist eine Zweiterstreckung ausgeschlossen. Und selbstredend darf die zusätzliche Frist ab Zugang der Mitteilung des Bedingungeintrittes nicht dazu führen, dass die maximale Erstreckungsdauer nach Art. 272b Abs. 1 OR überschritten wird.

Die vom Bundesgericht in BGE 135 III 121 in Anlehnung an die Literatur geäusserten Bedenken gegen resolutive Bedingungen im Rahmen von Mieterstreckungen vermögen nach Auffassung des Zweitautors nicht zu überzeugen. Bei einer auf ein bestimmtes Datum zu gewährenden ersten Erstreckung ist es schwierig, den Endtermin sinnvoll festzulegen, weil eine genaue Prognose über den Zeitpunkt des Eintritts des massgebenden künftigen Ereignisses in aller Regel kaum gemacht werden kann. Mit einer allfälligen Zweiterstreckung dürfte diese Ungenauigkeit kaum wettzumachen sein, weil sich die Situation auch dann noch nicht entschärft haben wird. Der Mieter könnte sich zudem auch hier veranlasst sehen, auf den Eintritt des massgebenden Ereignisses Einfluss zu nehmen, um eine zweite Erstreckung zu erwirken. Die Unsicherheit ist also auch bei diesem Vorgehen eine erhebliche, wenn nicht gar grössere. Darüber hinaus können die realen Verhältnisse bei diesem Vorgehen nicht hinreichend genau berücksichtigt werden. Anders ist dies, wenn man den Eintritt eines tatsächlichen Ereignisses als Endtermin zulässt. Es ist den rich-

terlichen Behörden zuzumuten, den Eintritt einer Bedingung so klar zu formulieren, dass praktisch kein Raum für Auseinandersetzungen zwischen den Parteien verbleibt. Wird zudem – wie oben vorgeschlagen – dem Mieter ab Zugang der Mitteilung des Bedingungseintrittes für den Auszug aus dem Mietobjekt eine Frist im Umfang der gesetzlichen Kündigungsfrist gewährt, so werden ihm gegenüber ungerechtfertigte Härten vermieden.

Nach der vom Zweitverfasser vorgeschlagenen Lösung hätte das Bundesgericht in casu somit eine einmalige Erstreckung bis zum Ablauf von sechs Monaten (Art. 266d OR) nach Empfang der Mitteilung über die Rechtskraft der Plangenehmigung für das Eisenbahninfrastrukturprojekt, maximal jedoch bis 31. Dezember 2010, gewähren können. Dies hätte vermutlich die Interessen beider Parteien am besten berücksichtigt.

IX. Bindungswirkung eines Entscheides der Schlichtungsbehörde bei lediglich einseitigem Weiterzug an das ordentliche Gericht?

BGE 135 III 253 (4A_519/2008) = Pra 2009 Nr. 110 S. 744 ff. = MRA 2009, 135 ff. = mp 2009, 102 ff. = DdB 2009, 55 ff. = SJ 2009 I 458 ff.

Die Vermieterin kündigte das Mietverhältnis gegenüber dem Mieter und dessen Ehefrau auf den 31. Oktober 2005 unter Berufung auf Eigenbedarf. Die Ehegatten fochten diese Kündigung als ungültig an und verlangten subsidiär Erstreckung des Mietverhältnisses. Mit Entscheid vom 13. Dezember 2005 anerkannte die Schlichtungsbehörde die Gültigkeit der Kündigung, gewährte jedoch eine erste Erstreckung von zwei Jahren. Gegen diesen Entscheid rief lediglich die Vermieterin mittels Klage vom 3. Januar 2006 das ordentliche Gericht an. Die Ehegatten beantragten in der Klageantwort zur Hauptsache die Aufhebung der Kündigung und subsidiär die Erstreckung des Mietverhältnisses für die maximal zulässige Dauer. Das Mietgericht erklärte mit Urteil vom 11. Oktober 2007 die Kündigung für gültig und gewährte eine einmalige Erstreckung um drei Jahre, d.h. bis 31. Oktober 2008. Auf Berufung der Ehegatten hob die obere kantonale Instanz am 6. Oktober 2008 das Urteil auf und gewährte eine

Erstreckung um vier Jahre. Es trat dabei auf die Frage der Ungültigkeitserklärung der Kündigung nicht ein, weil die Ehegatten nicht ihrerseits innert dreissig Tagen nach dem abschlägigen Entscheid der Schlichtungsbehörde das ordentliche Gericht angerufen hatten. Die von den Ehegatten erhobene Beschwerde in Zivilsachen hiess das Bundesgericht gut und wies die Streitsache zur Beurteilung der Gültigkeit der Kündigung an die Vorinstanz zurück (vgl. Kurzbesprechungen in BRUNO HEDIGER, SJZ 2009, 315 ff., 315; *derselbe*, SJZ 2010, 320 ff., 320; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/09, 42 ff., 49 f., Ziff. 2.3, sowie *dieselben* plädoyer 3/10, 39 ff., 48, Ziff. 4.5).

Das Bundesgericht hob in seiner Begründung zunächst die spezielle Rechtsnatur des Entscheides von Schlichtungsbehörden hervor. Dieser bildet kein erstinstanzliches Urteil, sondern hat einen Charakter *sui generis* und ist als *Prima-facie-Vorentscheid* («*prédécision rendue prima facie*») zu betrachten. Der Entscheid ist als letzter Schlichtungsvorschlag zu verstehen, welcher durch stillschweigendes Einverständnis der Parteien zu einer Einigung führt und so als gerichtlicher Vergleich in materielle Rechtskraft erwächst (BGE 135 III 253 E. 2.4 S. 257 f., mit Verweisen auf frühere Urteile). Diejenige Partei, welche sich diesem letzten Vergleichsvorschlag beugen will, soll durch ihr Stillschweigen später nicht benachteiligt werden. Das bedeutet, dass der Entscheid der Schlichtungsbehörde nicht zulasten der nicht klagenden Partei in Teilrechtskraft erwächst, wenn die andere Partei innert der dreissigtägigen Frist nach Art. 273 Abs. 5 OR den Richter anruft. Vielmehr wird durch die einseitige Anrufung der Entscheid gesamthaft zunichtegemacht. Somit steht es der bis anhin untätigen Partei frei, im Rahmen des ordentlichen Verfahrens innerhalb der Grenzen des geltenden Verfahrensrechts Anträge zum Streitgegenstand zu stellen und eine *Widerklage* zu erheben (vgl. BGE 135 III 253 E. 2.4 S. 257 ff.). Die Frage der Gültigkeit der Kündigung durfte daher vorliegend durch den Mieter und seine Ehefrau widerklageweise erneut zum Streitgegenstand erhoben werden, auch wenn diese die dreissigtägige Anrufungsfrist nach dem Entscheid der Schlichtungsbehörde unbenutzt hatten verstreichen lassen. Damit bestätigte das Bundesgericht mit amtlicher Publikation seine Praxis, wie sie bereits früher im französischsprachigen Urteil 4A_130/2008 vom 26. Mai 2008 (E. 2.2) und im deutschsprachigen Urteil 4C.367/2005 vom 7. März 2006 (E. 2.2.1) festgehalten wurde.

Wie das Bundesgericht selber zutreffend ausführte, bringt seine Rechtsprechung für diejenige Partei, die das Mietgericht anruft, das Risiko einer Art *reformatio in peius* («le risque d'une sorte de reformatio in peius») mit sich (BGE 135 III 253 E. 2.1. S. 256). MAAG hätte daher der Vermieterin empfohlen, einen Rückzug der Klage zu prüfen, um damit allenfalls die Widerklage der Ehegatten zu Fall zu bringen (ANDREAS MAAG, MRA 2009, 135 ff., 141 f.). Inwieweit dies erfolversprechend gewesen wäre, hätte allerdings detailliert anhand des massgeblichen kantonalen (genferischen) Verfahrensrechts geprüft werden müssen. Nach der ab 1. Januar 2011 geltenden schweizerischen Zivilprozessordnung ist die Widerklage mit der Klageantwort zu erheben (Art. 224 Abs. 1 ZPO); eine spätere Erhebung ist ausgeschlossen (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 224 N 3). Bei einem Rückzug der Hauptklage fällt die gültig und rechtzeitig erhobene Widerklage nicht dahin (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 224 N 1; SVIT-KOMMENTAR, Art. 274f N 3c, bereits mit Bezug zur neuen ZPO; zum fortbestehenden Gerichtsstand der Widerklage vgl. BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER Art. 14 N 28 ff.). Die das Mietgericht anrufende Partei kann damit künftig das Risiko einer *reformatio in peius* nur – aber immerhin – vermeiden, wenn sie die Hauptklage vor Erhebung der Widerklage zurückzieht. Denn eine selbstständige «Zweitklage» der Gegenpartei nach Rückzug der Erstklage und nach Ablauf der dreissigtägigen Frist von Art. 273 Abs. 5 und Art. 274f Abs. 2 OR (bzw. neu von Art. 209 Abs. 4 ZPO) ist ausgeschlossen (Urteil 4C. 367/2005 vom 7. März 2006; besprochen von RAOUL FUTTERLIEB in MRA 2007, 73 ff.; indirekt wohl bestätigt mit BGE 135 III 253 E. 2.3 S. 257).

Die von WEBER in Zusammenhang mit dem vorerwähnten Bundesgerichtsurteil vom 7. März 2006 geäusserten Bedenken (BSK OR I-WEBER, Art. 274f N 2) sind – jedenfalls ab 1. Januar 2011 – nicht (mehr) berechtigt. Das Schicksal über den Fortgang des Verfahrens liegt aufgrund der Beständigkeit einer allfälligen Widerklage nicht einseitig in der Hand der erstklagenden Partei. Zudem sind mit einem Klagerückzug regelmässig, jedenfalls nach Zustellung an die Gegenpartei, auch nachteilige Folgen, insbesondere Kostenfolgen, verbunden (vgl. Art. 65 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dass die Klägerin durch einen rechtzeitigen Rückzug der Hauptklage – oder durch das Unterlassen der fristgerechten Prosequierung (dazu sogleich) – eine Widerklage vermeiden kann, bildet für die andere Partei, welche sich dem Entscheid der Schlichtungsbehörde beugen will und daher passiv bleibt,

keinen unzumutbaren Nachteil. Dies gilt allerdings nur, wenn die weiter unten angestellten Überlegungen zur Widerklage nach neuer ZPO geteilt werden.

Was ist mit dem Unterlassen der fristgerechten Prosequierung gemeint? Ab 1. Januar 2011 ist die paritätische Schlichtungsbehörde (Art. 200 Abs. 1 ZPO) in Kündigungsschutz- und Erstreckungsverfahren nicht mehr entscheidbefugt, sofern der Streitwert über Fr. 2000.– liegt (was in der Praxis durchwegs der Fall sein wird). Sie kann aber den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreiten (Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO). Wird dieser von einer Partei innert zwanzig Tagen seit der schriftlichen Eröffnung abgelehnt, so stellt die Schlichtungsbehörde dieser – und nur dieser (!) – Partei die Klagebewilligung zu (Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO). Diese Partei ist dann klagebelastet, d. h., reicht sie nach Eröffnung der Klagebewilligung nicht binnen dreissig Tagen Klage bei der ersten Instanz ein (Art. 209 Abs. 4 ZPO), so wird der (an sich abgelehnte) Urteilsvorschlag rechtskräftig (Art. 211 Abs. 3 ZPO). Diesen gegenüber dem bisherigen Recht wesentlich komplizierteren Verfahrensablauf muss sich die Partei, welche an sich passiv zu bleiben gedenkt, vor Augen halten. Die Ablehnung des Urteilsvorschlages durch die Gegenpartei eröffnet ihr selber keine Klagemöglichkeit; zur Klage ist sie nur berechtigt, wenn sie den Urteilsvorschlag ebenfalls ablehnt. Unterlässt die ablehnende Partei die fristgerechte Prosequierung, so hat die andere Partei – wie bei einem rechtzeitigen Rückzug der Hauptklage – keine Möglichkeit der Widerklage.

In prozesstaktischer Hinsicht sollte die beklagte Partei im Falle einer fristgerechten Prosequierung der Sache durch den Kläger Folgendes beachten: Der Prozess findet ungeachtet des Streitwerts als vereinfachtes Verfahren statt (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Wenn die klagende Partei die Klage nicht begründet, wozu sie nicht verpflichtet ist (Art. 244 Abs. 2 ZPO), wird die beklagte Partei nicht zur schriftlichen Stellungnahme eingeladen, sondern das Gericht setzt direkt die mündliche Verhandlung an (Art. 245 Abs. 1 ZPO). Die Widerklage kann diesfalls an der mündlichen Verhandlung erhoben werden (BSK ZPO-MAZAN, Art. 245 N 21). Ist die Klage begründet, so kann die Widerklage zusammen mit der schriftlichen Stellungnahme nach Art. 245 Abs. 2 ZPO eingereicht werden. In allen Fällen muss es aber dem Beklagten möglich sein, die Widerklage auch früher zu erheben. Aus Art. 224 Abs. 1 ZPO («Die beklagte Partei kann in der Klageant-

wort Widerklage erheben ...») ergibt sich nichts Gegenteiliges. Insbesondere wird man aus dieser Bestimmung nicht ableiten können, dass die Widerklage nur mit der Klageantwort und nicht bereits früher erhoben werden kann; die Klageantwort ist nur der spätest mögliche Zeitpunkt (vgl. dazu zum bisherigen Recht das Bundesgerichtsurteil 4P.32/2002 vom 3. September 2002 E. 2.4.1 sowie OSKAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. Bern 2006, Kap. 7 N 62). Dies eröffnet dem Beklagten im Kündigungsanfechtungs- und Erstreckungsverfahren eine wichtige Option, wenn er verhindern will, dass der Kläger durch Rückzug der Hauptklage die Widerklage noch verunmöglichen kann. So muss der Beklagte im Verfahren nach Art. 245 Abs. 1 ZPO mit dem Einreichen der Widerklage nicht bis zur mündlichen Verhandlung warten; er kann vielmehr bereits vorher schriftlich oder mündlich (vgl. Art. 244 Abs. 1 ZPO) Widerklage erheben. Dies kann für ihn von grossem Vorteil sein, weil je nach Auslastung der ersten Gerichtsstanz unter Umständen bis zur mündlichen Verhandlung relativ viel Zeit verstreicht. Ebenso muss es dem Beklagten im Verfahren nach Art. 245 Abs. 2 ZPO möglich sein, die Widerklage (rasch) mündlich einzureichen (Art. 244 Abs. 1 ZPO), während die Stellungnahme zur Klage (d. h. die Klageantwort) binnen der angesetzten Frist schriftlich zu erfolgen hat.

Zum Schluss bleibt die Frage, was im Kündigungsanfechtungs- und Erstreckungsverfahren als Widerklage zu verstehen ist. Die Antwort kann nur sein: Jedes Begehren der beklagten Partei, das vom Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde abweicht. Evident ist dies, wenn sich der Vermieter mit der Klage gegen eine Erstreckung des Mietverhältnisses wehrt und der Mieter in seinem Hauptbegehren die Kündigung anfechtet, denn diese Klage des Mieters ist eine Gestaltungs- (BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 1a, m.Hw.) Dasselbe muss aber auch gelten, wenn sich der Mieter gegen die Hauptklage mit der negativen Feststellungsklage wehrt, die Kündigung sei nichtig (vgl. zur Feststellung der Nichtigkeit von Kündigungen BGE 122 III 92; besprochen von THOMAS KOLLER, AJP 1996, 767 ff.) oder wenn die eine Partei in der Hauptklage die Erstreckung zum Streitgegenstand erhebt (sich also z. B. der Vermieter gegen eine Erstreckung wehrt oder der Mieter eine längere Erstreckungsdauer beantragt) und die andere Gegenpartei bloss gegenläufige Anträge zur Erstreckung stellt. Würden in diesen Fallkonstellationen die Begehren der beklagten Partei nicht als Widerklage, sondern als blosser Klageantwort qua-

lifiziert, so könnte der Kläger jederzeit, z. B. auch noch vor der oberen kantonalen Instanz, die Klage zurückziehen und damit den Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde rechtskräftig werden lassen (Art. 211 Abs. 3 ZPO). Sollten die Gerichte der hier vertretenen Auffassung nicht folgen, so wäre jedenfalls dem beklagten Mieter zu raten, gegen die Hauptklage vorsichtshalber in jedem Fall auch (mit Widerklage) die Treuwidrigkeit der Kündigung im Sinne von Art. 271/271a OR geltend zu machen oder gar – noch weiter gehend – von Anfang an selber eine Hauptklage einzureichen. Friedensfördernd und prozessökonomisch wäre dies allerdings nicht. Daher sollte das Verfahrensrecht solche verfehlten Anreize vermeiden.